

HRRS-Nummer: HRRS 2013 Nr. 314

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2013 Nr. 314, Rn. X

BGH 1 StR 310/12 - Beschluss vom 21. November 2012 (LG Hamburg)

BGHSt; Verwertbarkeit mittels Rechtshilfe eines ausländischen Staates erlangter Beweise (inländisches Recht; Nichteinhaltung der maßgeblichen rechtshilferechtlichen Bestimmungen und unzureichende Begründung ausländischer Anordnungsbeschlüsse bei der Telekommunikationsüberwachung; hypothetischer Ersatzeingriff; Recht auf ein faires Verfahren; Überprüfung der Rechtmäßigkeit nach dem Recht des ersuchten Staates innerhalb der EU und Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung; Schutz der Souveränität und erforderliches Vertrauen).

Art. 82 Abs. 2 Satz 2 a) AEUV; Art. 3 EMRK; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 73 IRG; Art. 22 EU-RhÜbk; Art. 17 Abs. 2 und 5 EurRhÜbk CZ-ErgVtr; § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 261 StPO; § 168c StPO

Leitsätze

1. Die Verwertbarkeit mittels Rechtshilfe eines ausländischen Staates erlangter Beweise bestimmt sich nach dem inländischen Recht. (BGHSt)

2. Auf diesem Weg gewonnene Beweise unterliegen trotz Nichteinhaltung der maßgeblichen rechtshilferechtlichen Bestimmungen keinem Beweisverwertungsverbot, wenn die Beweise auch bei Beachtung des Rechtshilferechts durch den ersuchten und den ersuchenden Staat hätten erlangt werden können. (BGHSt)

3. Ist die Rechtshilfe durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union geleistet worden, darf bei der Beurteilung der Beweisverwertung im Inland nur in eingeschränktem Umfang geprüft werden, ob die Beweise nach dem innerstaatlichen Recht des ersuchten Mitgliedstaates rechtmäßig gewonnen wurden. Das gilt jedenfalls dann, wenn die dortige Beweiserhebung nicht auf einem inländischen Rechtshilfeersuchen beruht. (BGHSt)

4. Welche Gründe zu einer Unverwertbarkeit derart gewonnener Beweise im inländischen Strafverfahren führen können, ist nicht in allen Einzelheiten geklärt. Es besteht jedoch weitgehend Einigkeit darüber, dass sich Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit Beweisrechtshilfe entweder aus der inländischen Rechtsordnung des ersuchenden Staates oder aus völkerrechtlichen Grundsätzen ergeben können. Der Bundesgerichtshof hat im Kontext der Beweisrechtshilfe ein aus der Verletzung des Völkerrechts abgeleitetes inländisches Verwertungsverbot bislang bei unzulässigen Eingriffen in das Souveränitätsrecht eines anderen Staates angenommen (BGHSt 34, 334, 343 f.). (Bearbeiter)

5. Eine Unverwertbarkeit von im Rahmen der Rechtshilfe gewonnenen Beweisen kann sich im Grundsatz zudem aus der Verletzung rechtshilferechtlicher Bestimmungen selbst ergeben. So hat der Bundesgerichtshof die Verletzung von multilateralen rechtshilferechtlichen Bestimmungen durch den ersuchten ausländischen Staat als Grund für die Unverwertbarkeit eines Beweises herangezogen (BGH NStZ 2007, 417 bzgl. Art. 4 Abs. 1 EURhÜbk). EURhÜbk. Ist der ersuchte ausländische Staat rechtshilferechtlich zur Vornahme der erbetenen Beweiserhebung nach dem Recht des ersuchenden Staates verpflichtet, wird sich ein inländisches Beweisverwertungsverbot grundsätzlich aus der Verletzung der maßgeblichen inländischen Beweiserhebungsregeln ergeben. (Bearbeiter)

6. Der Senat neigt der Auffassung zu, dass ein aus der Nichteinhaltung rechtshilferechtlicher Bestimmungen abgeleitetes Verwertungsverbot lediglich dann in Betracht zu ziehen ist, wenn den entsprechenden Regelungen (auch) ein individualschützender Charakter - wenigstens im Sinne eines Schutzreflexes (so bereits BGHSt 34, 334, 343 f.) - zukommt. (Bearbeiter)

7. Es entspricht dem mittlerweile ganz überwiegenden völkerrechtlichen Verständnis, den Einzelnen als Subjekt des Völkerrechts anzuerkennen und seine Interessen im Rahmen des Rechtshilferechts zu

berücksichtigen. (Bearbeiter)

8. Der Senat teilt nicht die in der Strafrechtswissenschaft vertretene Auffassung, hinsichtlich der Überwachung von Telekommunikation bei Verwertung im Ausland gewonnener Informationen dürfe das inländische Strafgericht nicht ungeprüft von der Rechtmäßigkeit der Anordnungsentscheidung ausgehen, sondern müssen die Einhaltung der ausländischen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen "zusätzlich kontrollieren". Auch wenn die Beurteilung der Verwertbarkeit eines im Ausland erhobenen Beweises sich nach der inländischen Rechtsordnung bestimmt, würde eine mit der Rechtswidrigkeit der ausländischen Beweiserhebung begründete Unverwertbarkeit des erhobenen Beweises unter den hier vorliegenden tatsächlichen Gegebenheiten mit einem Eingriff in die Souveränität des ausländischen Staates einhergehen. (Bearbeiter)

9. Es wäre es mit dem hinter dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung (Art. 82 Abs. 1 AEUV) stehenden Gedanken des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten nicht zu vereinbaren, eine in einem Mitgliedstaat ergangene, dort nicht aufgehobene gerichtliche Entscheidung in einem anderen Mitgliedstaat mit der Begründung als rechtswidrig zu bewerten, die Gerichte des Entscheidungsstaates hätten ihre eigene nationale Rechtsordnung nicht eingehalten. (Bearbeiter)

10. Die Unverwertbarkeit im Ausland erhobener Beweise kann sich ergeben, wenn die Beweiserhebung unter Verletzung völkerrechtlich verbindlicher und dem Individualrechtsgüterschutz dienender Garantien, wie etwa Art. 3 EMRK, oder unter Verstoß gegen die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze im Sinne des ordre public (vgl. § 73 IRG) erfolgt ist. (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

Die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 23. Dezember 2011 werden als unbegründet verworfen, da die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigungen keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben hat (§ 349 Abs. 2 StPO). Jeder Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe

Die Angeklagten, sämtlich tschechische Staatsangehörige, wurden wegen jeweils in mittelbarer Täterschaft begangenen bandenmäßigen und gewerbsmäßigen Schmuggels in zwei Fällen zu mehrjährigen Gesamtfreiheitsstrafen verurteilt. 1

Sie hatten vereinbart, aus China stammende Zigaretten unverteuert und unverzollt in die Bundesrepublik Deutschland und nach Tschechien zu "schmuggeln". Hierzu organisierten sie im November 2007 (Tat 1) und im März 2008 (Tat 2) "Schmuggelfahrten" von Zigaretten: Von ihnen beauftragte Fahrer transportierten jeweils einen Container mit Zigaretten aus der Hamburger Freihafenzone in das Bundesgebiet. Die Angeklagten bewirkten, dass die Fahrer bei Verlassen des Zollfreiheitsgebiets unvollständige Zollanmeldungen abgaben, so dass keine Einfuhrabgaben festgesetzt wurden. Hierdurch verkürzten sie Zoll- sowie Tabak- und Einfuhrumsatzsteuer in einem Gesamtumfang von 1.583.173,44 Euro (Tat 1) und 1.163.899,56 Euro (Tat 2). 2

Unmittelbar nachdem der LKW die Hamburger Freihafenzone verlassen hatte (Fall 1) bzw. bevor der LKW in einer Lagerhalle in Berlin vollständig entladen war (Fall 2), stellten die Zollbehörden aufgrund von Observationen die Zigaretten sicher und verhafteten die Fahrer, die beide noch im Jahr 2008 wegen Steuerhinterziehung bzw. gewerbsmäßigen Schmuggels zu Freiheitsstrafen verurteilt wurden. 3

Die Tatbeteiligung der Angeklagten ist maßgeblich auf Erkenntnisse aus Telefonüberwachungsmaßnahmen tschechischer Ermittlungsbehörden gestützt. Diese Maßnahmen in Tschechien beruhten nicht auf einem deutschen Rechtshilfeersuchen. 4

Die auf Verfahrensrügen und die ausgeführte Sachrüge gestützten Revisionen der Angeklagten sind unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO). Näherer Ausführungen bedarf es lediglich insoweit, als die Angeklagten - inhaltlich im Wesentlichen übereinstimmend - die Verwertung der Erkenntnisse aus den genannten Telefonüberwachungsmaßnahmen beanstanden (A.), und sich der Angeklagte R. gegen die Besetzung des Gerichts mit nur zwei Berufsrichtern wendet (B.). 5

A

- I. Den verwerteten Erkenntnissen aus der Telefonüberwachung liegt Folgendes zugrunde: 6
- In den Jahren 2007 und 2008 hatten die Bezirksgerichte Prag 4 und Prag 10 gemäß § 88 Abs. 1 und 2 der tschechischen Strafprozessordnung in einem dort wegen des Verdachts von Zigaretenschmuggel geführten Ermittlungsverfahren auf Antrag der örtlichen Staatsanwaltschaft Beschlüsse über die Überwachung der Telekommunikation von näher bezeichneten Telefonanschlüssen erlassen. Einige dieser Anschlüsse waren den Angeklagten oder von ihnen geführten Unternehmen zuzuordnen. Auf dieser Grundlage hatten die tschechischen Ermittlungsbehörden unter anderem von den Angeklagten (untereinander und mit Dritten) geführte Telefonate abgehört und verschriftet; später wurde das in Tschechien gegen die dortigen Beschuldigten geführte Strafverfahren eingestellt, soweit eine Einfuhr von nicht verzollten Zigaretten auf tschechisches Staatsgebiet nicht festgestellt werden konnte. 7
- Im Verlauf des hiesigen Ermittlungsverfahrens wegen des Verdachts der hier abgeurteilten Taten (u.a.) richtete die Staatsanwaltschaft Hamburg im Mai 2009 ein Rechtshilfeersuchen an die Kreisstaatsanwaltschaft in Prag. Darin ersuchte sie um Übersendung der dort vorliegenden Beweismittel, insbesondere von Mitschnitten von Telefonaten, Observationsberichten, Zeugenaussagen und von aussagekräftigen relevanten Unterlagen. 8
- Auf dieses Ersuchen übersandte die Kreisstaatsanwaltschaft Prag im September 2009 zunächst verschriftete Aufzeichnungen von Telefongesprächen sowie im weiteren Verlauf Audio-CDs mit insgesamt rund 45.000 abgehörten Telefongesprächen. 9
- Gegenstand der Hauptverhandlung waren - gegen den Widerspruch der Angeklagten - vorgespielte und übersetzte Mitschnitte von solchen Telefongesprächen. 10
- II. Die Revisionen halten wegen der Verwertung dieser Telefonmitschnitte insbesondere den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK) für verletzt. Die Voraussetzungen für die Gewährung bilateraler Rechtshilfe bezüglich der Telekommunikationsüberwachung hätten nicht vorgelegen. Diese ergeben sich aus Art. 17 Abs. 2 und Abs. 5 des Vertrages vom 2. Februar 2000 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Tschechischen Republik über die Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (CZErgV EuRhÜbk); in nationales Recht umgesetzt durch Gesetz vom 13. Juli 2001 (BGBl. II S. 733). 11
- Danach dürfen Rechtshilfeersuchen nur erledigt werden, wenn "eine Überwachungsanordnung eines zuständigen Gerichts des ersuchenden Vertragsstaates vorgelegt wird oder aus der Erklärung eines solchen Gerichts hervorgeht, dass die Voraussetzungen der Überwachung vorlägen, wenn eine derartige Maßnahme im Hoheitsgebiet des ersuchenden Vertragsstaates durchzuführen wäre" (Art. 17 Abs. 2 Ziff. 1). 12
- Außerdem kann "die Überwachung auch nach dem Recht des ersuchten Vertragsstaates angeordnet werden ..., sofern die Strafverfolgung wegen der dem Ersuchen zugrunde liegenden Straftat dort durchgeführt werden würde" (Art. 17 Abs. 2 Ziff. 2). 13
- Zudem gelten die "Absätze 1, 2 (Ziffern 1 und 2) und 4 ... entsprechend für Ersuchen um Herausgabe von Unterlagen, die aus Maßnahmen der Überwachung der Telekommunikation in einem im Hoheitsgebiet des ersuchten Vertragsstaates geführten Strafverfahren herrühren" (Art. 17 Abs. 5). 14
- Die Revisionen beanstanden im Einzelnen: 15
1. Die nach Art. 17 Abs. 2 Ziffer 1 CZErgV EuRhÜbk erforderliche Erklärung eines deutschen Gerichts über das Vorliegen der Voraussetzungen der Telekommunikationsüberwachung für den Fall der Durchführung der entsprechenden Maßnahme im Inland habe gefehlt. 16
 2. Zudem habe es jedenfalls für die aufgrund des Beschlusses des Bezirksgerichts Prag 4 vom 13. November 2007 durchgeführten Telekommunikationsüberwachung an der vom Übereinkommen geforderten Möglichkeit gemangelt, dass eine solche Überwachung auch nach bundesdeutschem Recht hätte angeordnet werden können. Die verfahrensgegenständlichen Straftaten seien nämlich am Tage des Erlasses dieses Beschlusses noch keine Katalogtaten des § 100a Abs. 1 StPO gewesen, sondern erst mit Wirkung zum 1. Januar 2008 dort eingestellt worden. 17
 3. Die Anordnungsbeschlüsse der Bezirksgerichte Prag 4 und Prag 10 - auch derjenige des Bezirksgerichts Prag 4 vom 13. November 2007 - seien unzureichend begründet gewesen. Den insoweit sowohl nach tschechischem als auch deutschem Recht bestehenden Begründungsanforderungen (eine wenigstens knappe Darstellung der den 18

Tatverdacht begründenden Tatsachen und der Beweislage) habe keiner der Beschlüsse entsprochen.

III. Es kann dahinstehen, ob die Verfahrensrügen der drei Angeklagten zulässig ausgeführt sind. Sie sind jedenfalls 19
unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

Die Inhalte der durch die tschechischen Strafverfolgungsbehörden abgehörten und aufgezeichneten Telefongespräche 20
durfte das Landgericht verwerten. Das Fehlen der nach Art. 17 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 Ziffer 1 CZergV EuRhÜbk für die
Herausgabe von Unterlagen aus der Telekommunikationsüberwachung an sich erforderlichen Erklärung eines Gerichts
des ersuchenden Staates über das Vorliegen der Voraussetzungen der begehrten Maßnahme auch in diesem Staat
steht der Verwertung nicht entgegen. Es besteht weder ein aus völkerrechtlichen Vorschriften noch aus dem deutschen
Recht resultierendes Beweisverwertungsverbot.

1. Die Verwertbarkeit mittels Rechtshilfe eines ausländischen Staates gewonnener Beweise richtet sich nach der 21
Rechtsordnung des um diese Rechtshilfe ersuchenden Staates (Ambos, Beweisverwertungsverbote, 2010, S. 81;
Böse ZStW 114 [2002], S. 148, 149, 152 und 180; Gleß JR 2008, S. 317, 321; Jahn, Gutachten für den 67. Deutschen
Juristentag, 2008, C 117; vgl. auch Schuster, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweismittel im deutschen
Strafprozess, 2006, S. 264 ff.; teilw. aa Perron ZStW 112 [2000], S. 202, 219 hinsichtlich der Verwertung der
Ergebnisse im Ausland durchgeführter Telekommunikationsüberwachung). Von diesem Grundsatz geht auch die
Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus (implizit jeweils BGH, Beschluss vom 4. März 1992 - 3 StR 460/91,
NSTZ 1992, 394; BGH, Urteil vom 10. August 1994 - 3 StR 53/94, NSTZ 1994, 595, 596; BGH, Beschluss vom 14.
Februar 19 20 21 2001 - 3 StR 438/00, NSTZ-RR 2002, 67; siehe auch BGH, Urteil vom 1. April 1992 - 5 StR 457/91,
BGHSt 38, 263, 265 f.).

Welche Gründe zu einer Unverwertbarkeit derart gewonnener Beweise im inländischen Strafverfahren führen können, 22
ist nicht in allen Einzelheiten geklärt. Es besteht jedoch weitgehend Einigkeit darüber, dass sich
Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit Beweisrechtshilfe entweder aus der inländischen Rechtsordnung
des ersuchenden Staates oder aus völkerrechtlichen Grundsätzen ergeben können (Ambos, aaO, S. 81; vgl. auch
Gleß, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2006, S. 141 ff.; dies., JR 2008, 317, 323
ff.). Der Bundesgerichtshof hat im Kontext der Beweisrechtshilfe ein aus der Verletzung des Völkerrechts abgeleitetes
inländisches Verwertungsverbot bislang bei unzulässigen Eingriffen in das Souveränitätsrecht eines anderen Staates
angenommen (siehe BGH, Urteil vom 8. April 1987 - 3 StR 11/87, BGHSt 34, 334, 343 f.). Protokolle einer im Ausland
erfolgten Zeugenvernehmung, die die deutschen Strafverfolgungsbehörden von einer ausländischen Behörde unter
Umgehung des Rechtshilfewege unmittelbar erhalten haben, sind dementsprechend für unverwertbar gehalten worden,
wenn die zuständige ausländische Behörde der Verwertung widersprochen hat (BGH, aaO, BGHSt 34, 334, 342-345).

Eine Unverwertbarkeit von im Rahmen der Rechtshilfe gewonnenen Beweisen kann sich im Grundsatz zudem aus der 23
Verletzung rechtshilferechtlicher Bestimmungen selbst ergeben. So hat der Bundesgerichtshof die Verletzung von
multilateralen rechtshilferechtlichen Bestimmungen durch den ersuchten ausländischen Staat als Grund für die
Unverwertbarkeit eines Beweises herangezogen (BGH, Beschluss vom 15. März 2007 - 5 StR 53/07, NSTZ 2007, 417
bzgl. Art. 4 Abs. 1 EURhÜbk). Dem lag zugrunde, dass entgegen dem nach Art. 4 Abs. 1 EURhÜbk für das konkrete
Rechtshilfeersuchen maßgeblichen Recht des ersuchenden Staates Deutschland in Frankreich eine richterliche
Vernehmung ohne die gemäß § 168c StPO erforderliche Benachrichtigung des Verteidigers erfolgt war. Die über diese
Vernehmung gefertigte Niederschrift war wegen des Verstoßes gegen die rechtshilferechtlich gebotene Einhaltung des
Rechts des ersuchenden Staates unverwertbar (BGH aaO). Allerdings ergab sich der zum Verwertungsverbot
führende Grund letztlich aus der Verletzung der inländischen Benachrichtigungspflicht des § 168c StPO. Lediglich die
Pflicht zu dessen Beachtung durch die französischen Behörden resultierte aus der rechtshilferechtlichen Bestimmung
des Art. 4 Abs. 1 EURhÜbk. Ist der ersuchte ausländische Staat rechtshilferechtlich zur Vornahme der erbetenen
Beweiserhebung nach dem Recht des ersuchenden Staates verpflichtet, wird sich ein inländisches
Beweisverwertungsverbot grundsätzlich aus der Verletzung der maßgeblichen inländischen Beweiserhebungsregeln
ergeben (siehe bereits Senat, Urteil vom 19. März 1996 - 1 StR 497/95, NJW 1996, 2239, 2240 bzgl. § 168c Abs. 5
StPO).

2. Unter keinem der vorstehenden rechtlichen Gesichtspunkte besteht bezüglich der Telefonmitschnitte ein 24
Verwertungsverbot.

a) Dabei braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob der hier vorliegende Verstoß gegen die in Art. 17 Abs. 5 i.V.m. Abs. 25
2 CZergV EuRhÜbk für die Gewährung von Rechtshilfe durch Herausgabe von Unterlagen aus Maßnahmen der
Telekommunikationsüberwachung geforderten rechtshilferechtlichen Voraussetzungen überhaupt zu einem
inländischen Beweisverwertungsverbot führen kann. Der Senat neigt insoweit der Auffassung zu, dass ein aus der
Nichteinhaltung rechtshilferechtlicher Bestimmungen abgeleitetes Verwertungsverbot lediglich dann in Betracht zu

ziehen ist, wenn den entsprechenden Regelungen (auch) ein individualschützender Charakter - wenigstens im Sinne eines Schutzreflexes (so bereits BGH, Urteil vom 8. April 1987 - 3 StR 11/87, BGHSt 34, 334, 343 f.) - zukommt. Vorliegend deuten die in Art. 17 des Übereinkommens festgelegten, von den Art. 17-20 EURhÜbk abweichenden und diesen vorgehenden (Art. 22 EURhÜbk) Bedingungen der Rechtshilfe in Telekommunikationsangelegenheiten darauf hin, dass diesen trotz des völkerrechtlichen Charakters eine individualschützende Komponente zukommt. Eine solche ist rechthilferechtlichen Übereinkommen auch außerhalb des EURhÜbk bereits in früheren Entscheidungen jedenfalls im Sinne eines völkerrechtlichen Reflexes zu Gunsten des Angeklagten im Fall einer Souveränitätsverletzung durch den ersuchenden Staat zugemessen worden (BGH, aaO, BGHSt 34, 334, 344). Es entspricht ohnehin dem mittlerweile ganz überwiegenden völkerrechtlichen Verständnis, den Einzelnen als Subjekt des Völkerrechts anzuerkennen und seine Interessen im Rahmen des Rechtshilferechts zu berücksichtigen (Ambos, aaO, S. 92 mwN; vgl. auch BGH, Beschluss vom 9. Februar 2012 - 1 StR 148/11, BGHSt 57, 138, 147 Rn. 36). Auf eine auch individuelle Rechte der angehörten Personen schützende Komponente deutet zudem hin, dass die Erledigung des Rechtshilfeersuchens in Art. 17 Abs. 2 und Abs. 5 CZergV EuRhÜbk von dem Vorliegen der jeweiligen vom nationalen Recht für die Überwachung der Telekommunikation verlangten Voraussetzungen abhängig gemacht wird. Der im deutschen Strafverfahrensrecht für die Telekommunikationsüberwachung grundsätzlich bestehende Richtervorbehalt (§ 100b Abs. 1 Satz 1 StPO) bezweckt den Schutz der Grundrechte der einzelnen Betroffenen. Denn der Richtervorbehalt zielt auf eine vorbeugende rechtliche Kontrolle der konkreten, mit einem Grundrechtseingriff verbundenen strafprozessualen Maßnahme durch eine neutrale Instanz (BVerfGE 96, 44, 51 ff.; BVerfGE 103, 142, 151).

b) Selbst bei Annahme einer individualschützenden Komponente der hier einschlägigen Bestimmungen des Übereinkommens resultiert aus dem Fehlen einer gerichtlichen Bestätigung eines deutschen Gerichts über das Vorliegen der Voraussetzungen i.S.v. Art. 17 Abs. 2 Ziffer 1 i.V.m. Abs. 5 CZergV EuRhÜbk im Zeitpunkt des Rechtshilfeersuchens der Staatsanwaltschaft Hamburg kein Beweisverwertungsverbot. 26

aa) Das Übereinkommen selbst ordnet kein Verwertungsverbot für den Fall der Verletzung der in ihm enthaltenen rechthilferechtlichen Bestimmungen an. Die Formulierung in Art. 17 Abs. 2 CZergV EuRhÜbk "Ersuchen ... werden nur erledigt, wenn ..." betrifft nach Wortlaut und Regelungszweck lediglich das Verhältnis der Vertragsstaaten untereinander. Es wird dem ersuchten Staat das Recht eingeräumt, dem Rechtshilfeersuchen nicht zu folgen, wenn die vertraglich vereinbarten Voraussetzungen nicht vorliegen. Eine Pflicht des ersuchten Staates, die Erfüllung des Ersuchens bei deren Fehlen abzulehnen, ist damit nicht verbunden. Die vertragliche Vereinbarung von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtshilfe sichert die Souveränität des Vertragsstaates dergestalt, dem Ersuchen lediglich unter den Bedingungen Folge leisten zu müssen, die die Vertragsstaaten zuvor vereinbart haben. Wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift zu Recht aufgezeigt hat, bleibt der ersuchte Staat völkerrechtlich aber berechtigt, Rechtshilfe zu leisten, ohne dazu völkervertragsrechtlich oder sonst verpflichtet zu sein (Schuster, aaO, S. 118). Auch das ist Ausdruck seiner Souveränität. Ein eigener Rekurs der deutschen Gerichte auf tschechisches Recht ist damit unzulässig (vgl. zur Spezialitätsbindung auch BGH, Beschluss vom 11. November 2004 - 5 StR 299/03, wistra 2005, 58, 60). Das nach dem deutschtschechischen Übereinkommen nicht geschuldete Leisten von Rechtshilfe durch die Kreisstaatsanwaltschaft Prag als solches kann daher auch kein Verwertungsverbot im ersuchenden Staat zur Folge haben. 27

bb) Verwertungsbeschränkungen oder -verbote aus dem das bilaterale Rechtshilferecht zwischen der Tschechischen Republik und der Bundesrepublik ergänzenden Europäischen Rechtshilferecht, etwa Art. 13 Abs. 10 EURhÜbk, liegen ebenfalls nicht vor. Das Europäische Rechtshilfeübereinkommen enthält ohnehin keine Regelungen über die Verwertbarkeit von im Rahmen der auf die Telekommunikationsüberwachung bezogenen Beweisrechtshilfe gewonnenen Beweise (Gleß/Schomburg, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Internationale Rechtshilfe, 5. Aufl., Art. 18 EURhÜbk Rn. 24). Das Verwertungsverbot aus Art. 39 Abs. 2 SDÜ greift ebenfalls nicht ein. 28

cc) Ein auf die Nichteinhaltung der rechthilferechtlichen Bestimmungen gestütztes Verwertungsverbot ergibt sich vorliegend auch nicht aus allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen wie dem allgemeinen Fairnessgebot des Art. 6 Abs. 1 EMRK. Ein Beweisverwertungsverbot käme aufgrund von Verstößen gegen rechthilferechtliche Bestimmungen als solche allenfalls in Betracht, wenn sich das gegen den Angeklagten geführte Strafverfahren insgesamt als unfair erweisen würde. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) ist anerkannt, dass aus der Verletzung von Vorschriften des nationalen Rechts über die Beweiserhebung nicht zwingend ein Beweisverwertungsverbot resultiert, wenn das entsprechende Verfahren trotz des Verstoßes insgesamt als fair anzusehen ist (etwa EGMR, Urteil vom 25. März 1999, 25444/94 [Pélissier u. Sassi ./ Frankreich], Rn. 45 f., NJW 1999, 3545 f.; siehe auch Jahn, aaO, C 121 mwN in Fn. 560). Bei Verletzung von rechthilferechtlichen Bestimmungen über die Beweiserhebung im Ausland kann insoweit nichts anderes gelten. Es kommt nach dem Maßstab der Verfahrensfairness für im Wege der Rechtshilfe gewonnene Beweise mithin darauf an, ob unter der Geltung der inländischen Rechtsordnung eine zuverlässige Beweisführung in einem fairen Verfahren möglich ist (vgl. Gleß, aaO, S. 141 ff.; dies., JR 2008, S. 317, 321). 29

Daran gemessen zieht die unter beiderseitiger Nichteinhaltung von Art. 17 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 CZergV EuRhÜbk 30 erfolgte Überlassung der Telefonmitschnitte durch die zuständige tschechische Staatsanwaltschaft kein Verwertungsverbot nach sich. Die Aufzeichnungen der abgehörten Telefonate wären der Staatsanwaltschaft Hamburg auch bei Beachtung der maßgeblichen rechtshilferechtlichen Bestimmungen zur Verfügung gestellt worden. Die bilateral festgelegten Voraussetzungen für die Herausgabe von aus der Überwachung der Telekommunikation stammenden Unterlagen durch die Tschechische Republik waren zum Zeitpunkt des Rechtshilfeersuchens der Staatsanwaltschaft Hamburg gegeben (Gedanke des hypothetischen Ersatzeingriffs).

Art. 17 Abs. 5 CZergV EuRhÜbk erklärt auf ein Herausgabeverlangen die Abs. 1 und 2 (Ziffern 1 und 2) sowie Abs. 4 für 31 entsprechend anwendbar. Art. 17 Abs. 2 Ziffer 1 CZergV EuRhÜbk erfordert die Vorlage einer Überwachungsanordnung eines zuständigen Gerichts des ersuchenden Staates oder die Bestätigung eines solchen Gerichts über das (hypothetische) Vorliegen der Voraussetzungen einer Telekommunikationsüberwachung, wenn die Maßnahme auf dem Gebiet des ersuchenden Staates durchgeführt werden würde. Abs. 2 Ziffer 2 verlangt bei dem Ersuchen auf Durchführung der Maßnahme durch den ersuchten Staat, dass auch nach dessen Rechtsordnung die rechtlichen Voraussetzungen der Telekommunikationsüberwachung vorliegen, wenn (hypothetisch) die Strafverfolgung dort erfolgen würde.

(1) Im hier gegebenen Anwendungsbereich von Art. 17 Abs. 5 CZergV EuRhÜbk ist letzteres Erfordernis vorliegend 32 erfüllt, weil das auf diese Vorschrift gestützte Rechtshilfeersuchen sich auf die Herausgabe von Erkenntnissen bezieht, die aus einem in der Tschechischen Republik ohnehin bereits geführten und nicht auf deutsches Ersuchen hin eingeleiteten Strafverfahren gewonnen wurden. Die von der Kreisstaatsanwaltschaft Prag übersandten Telefonmitschnitte sind aus Überwachungsmaßnahmen hervorgegangen, die jeweils durch die Bezirksgerichte Prag 4 und Prag 10 in Beschlussform auf der Grundlage von § 88 Abs. 1 und 2 der tschechischen Strafprozessordnung angeordnet worden waren. Wie sich aus den vorgenannten gerichtlichen Anordnungsbeschlüssen ergibt, hatten die Verfahren jeweils materiellstrafrechtliche Vorwürfe zum Gegenstand, wegen derer nach dem maßgeblichen Strafverfahrensrecht der Tschechischen Republik die Überwachung der Telekommunikation angeordnet werden darf.

(a) Das Vorhandensein dieser gerichtlichen Anordnungsentscheidungen reicht als Grundlage für die Verwertung der im 33 Wege der Rechtshilfe erlangten Telefonmitschnitte im hiesigen Strafverfahren aus. Jedenfalls für die hier vorliegende Konstellation der Beweisverwertung von Erkenntnissen, die aus einer durch den ersuchten ausländischen Staat originär durchgeführten, nicht durch ein deutsches Rechtshilfeersuchen veranlassten Telekommunikationsüberwachung stammen, ist den inländischen Strafgerichten die von der Revision angemahnte umfassende Rechtmäßigkeitsprüfung der ausländischen Anordnungsbeschlüsse am Maßstab des ausländischen Rechts aus völker- und unionsrechtlichen Gründen verwehrt.

Der Senat teilt nicht die in der Strafrechtswissenschaft vertretene Auffassung, hinsichtlich der Überwachung von 34 Telekommunikation bei Verwertung im Ausland gewonnener Informationen dürfe das inländische Strafgericht nicht ungeprüft von der Rechtmäßigkeit der Anordnungsentscheidung ausgehen, sondern müssen die Einhaltung der ausländischen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen "zusätzlich kontrollieren" (Perron ZStW 112 [2000], S. 202, 219; vgl. auch Schuster, aaO, S. 111 ff., 245 f., ders., NSTz 2006, 657, 661; Pitsch, Strafprozessuale Beweisverbote, 2009, S. 148 ff.). Auch wenn die Beurteilung der Verwertbarkeit eines im Ausland erhobenen Beweises sich nach der inländischen Rechtsordnung bestimmt, würde eine mit der Rechtswidrigkeit der ausländischen Beweiserhebung begründete Unverwertbarkeit des erhobenen Beweises unter den hier vorliegenden tatsächlichen Gegebenheiten mit einem Eingriff in die Souveränität des ausländischen Staates einhergehen. Die Revision will die Unverwertbarkeit der Telefonmitschnitte nämlich insoweit auf die Erwägung stützen, die Anordnungsbeschlüsse der Bezirksgerichte für Prag 4 und Prag 10 entsprächen nicht dem tschechischen Verfassungsrecht und dem dortigen einfachgesetzlichen Strafverfahrensrecht. Würden die inländischen Strafgerichte - ggf. unter Einholung eines Sachverständigengutachtens - die Rechtmäßigkeit der weiterhin bestehenden tschechischen Gerichtsentscheidungen am Maßstab des tschechischen Rechts prüfen, maßten sie sich Kompetenzen an, die ihnen nach Völkerrecht und Unionsrecht im Verhältnis zu einem anderen Mitgliedstaat nicht zustehen (vgl. auch BGH, Beschluss vom 11. November 2004 - 5 StR 299/03, wistra 2005, 58, 60).

Ungeachtet des bestehenden bilateralen Rechtshilfeübereinkommens zwischen der Tschechischen Republik und der 35 Bundesrepublik Deutschland wird die die Rechtshilfe umfassende justizielle Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union nach Art. 82 Abs. 1 AEUV durch den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen bestimmt. Art. 82 Abs. 2 AEUV begründet zwar die Kompetenz der Europäischen Union, per Richtlinie Mindestvorschriften zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen in Strafsachen zu erlassen. Diese Mindestvorschriften können auch die

Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis zwischen den Mitgliedstaaten betreffen (Art. 82 Abs. 2 Satz 3 Buchstabe a AEUV). Aber selbst außerhalb einer entsprechenden Richtlinie wäre es mit dem hinter dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung stehenden Gedanken des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten nicht zu vereinbaren, eine in einem Mitgliedstaat ergangene, dort nicht aufgehobene gerichtliche Entscheidung in einem anderen Mitgliedstaat mit der Begründung als rechtswidrig zu bewerten, die Gerichte des Entscheidungsstaates hätten ihre eigene nationale Rechtsordnung nicht eingehalten.

(b) Der Senat verkennt nicht, dass aufgrund der Besonderheiten der Beweisrechtshilfe und des diese umgebenden unionsrechtlichen Rechtsrahmens die Maßstäbe für die Verwertbarkeit von Erkenntnissen, die aus einer inländischen Telekommunikationsüberwachung einerseits und einer ausländischen andererseits stammen, jedenfalls dann nicht völlig identisch sind, wenn es um die Verwertung von bereits außerhalb der Rechtshilfe vorhandenen ausländischen Überwachungsergebnissen geht. Für die Verwertbarkeit im Inland durch die Überwachung der Telekommunikation gewonnener Informationen verlangt der Bundesgerichtshof - wenn wie hier ein Widerspruch erfolgt - eine umfassende Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen durch das erkennende Gericht (siehe BGH, Beschluss vom 7. März 2006 - 1 StR 316/05, BGHSt 51, 1; BGH, Beschluss vom 7. März 2006 - 1 StR 534/05, StV 2008, 63, 65; vgl. auch BGH, Beschluss vom 1. August 2002 - 3 StR 122/02, BGHSt 47, 362, 365-368). Dafür kann das Tatgericht grundsätzlich auf den die Überwachung anordnenden ermittelungsrichterlichen Beschluss zugreifen. Diese Grundsätze lassen sich aber aus den genannten Gründen auf in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union auf der Grundlage dortigen Rechts gewonnene Erkenntnisse aus einer Telekommunikationsüberwachung nicht ohne weiteres übertragen. Das gilt zumindest dann, wenn die entsprechenden Informationen im Rahmen eines dort bereits betriebenen Strafverfahrens gewonnen und nicht aufgrund eines Rechtshilfeersuchens erhoben wurden. 36

(c) Ob für den Fall eines zum Zwecke der Umgehung strengerer inländischer Anordnungsvoraussetzungen gestellten Rechtshilfeersuchens eine andere Bewertung vorzunehmen wäre, bedarf keiner Entscheidung. Eine solche Konstellation liegt nicht vor. 37

(d) Die Beschränkung der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der durch die Bezirksgerichte Prag 4 und Prag 10 getroffenen Anordnungsentscheidungen im Rahmen der Beurteilung der Verwertung der gewonnenen Informationen im hiesigen Strafverfahren hindert nicht, die ausländische Entscheidung überhaupt als Anknüpfung im Rahmen der Beweisverwertung im Inland heranzuziehen. Die Unverwertbarkeit im Ausland erhobener Beweise kann sich ergeben, wenn die Beweiserhebung unter Verletzung völkerrechtlich verbindlicher und dem Individualrechtsgüterschutz dienender Garantien, wie etwa Art. 3 EMRK, oder unter Verstoß gegen die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze im Sinne des *ordre public* (vgl. § 73 IRG) erfolgt ist (siehe Ambos, aaO, S. 83; Gleß JR 2008, S. 317, 321 ff.; Schuster, aaO, S. 122 ff. und 133 f.; ders., NSTZ 2006, S. 657, 662). 38

(e) Bei Anwendung dieses (eingeschränkten) Prüfungsmaßstabs ergibt sich aus den die Telekommunikationsüberwachung anordnenden Beschlüssen der Bezirksgerichte Prag 4 und Prag 10 kein Grund für eine Unverwertbarkeit der Telefonmitschnitte. Die Entscheidungen sind sämtlich in Beschlussform durch einen Richter ergangen. Sie finden in § 88 Abs. 1 und 2 der tschechischen Strafprozessordnung eine einfachgesetzliche Grundlage. Den Anordnungsbeschlüssen lag jeweils der Verdacht der Begehung von Straftaten zugrunde, die die Überwachung der Telekommunikation nach tschechischem Recht grundsätzlich zuließen. Ob jeder der fraglichen Beschlüsse den sich aus dem Verfassungsrecht der Tschechischen Republik ergebenden Begründungsanforderungen an solche Anordnungsentscheidungen entsprach, steht aus den genannten Gründen außerhalb der Prüfungskompetenz der deutschen Gerichte. Selbst wenn einzelne Beschlüsse nur formelhafte Begründungen in Bezug auf die konkrete Beweis- und Verdachtslage im Zeitpunkt der Anordnungsbeschlüsse enthalten, folgt daraus kein Verstoß gegen allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze (*ordre public*). Eine den inländischen Vorgaben entsprechende detaillierte Darstellung der Beweis- und Verdachtslage kann angesichts der nach wie vor beträchtlichen Unterschiede der Anordnungsvoraussetzungen der Telekommunikation in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (knapper Überblick bei Perron ZStW 112 [2000] S. 202, 219) nicht erwartet werden. Die Beschlüsse genügen allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen. Sie wurden - § 88 Abs. 1 und 2 der tschechischen Strafprozessordnung insoweit entsprechend - auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch einen Richter erlassen. Aus den Begründungen ergibt sich das Vorliegen des Verdachts von die Überwachung gestattenden Straftaten sowie, wenn auch in der überwiegenden Zahl der Beschlüsse unter formelhaftem Verweis auf den Akteninhalt, die begründete Annahme, die zu überwachende Telekommunikation werde für das Strafverfahren bedeutsame Tatsachen enthalten. 39

(f) Die vom Senat angenommene lediglich begrenzte Überprüfbarkeit von durch Gerichte eines anderen Mitgliedstaates angeordneten strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen steht nicht in Widerspruch zu der Rechtsprechung anderer Senate des Bundesgerichtshofs. Soweit der 5. Strafsenat in seinem Beschluss vom 10. Januar 2007 (5 StR 305/06) eine durch das Schweizerische Bundesamt für Justiz ausgesprochene Beschränkung der Verwendung von im Rahmen der Rechtshilfe übersandten Unterlagen am Maßstab des Schweizer Rechts überprüft hat (insoweit in BGHSt 40

51, 202, 210 f. Rn. 31 f. nur teilweise abgedruckt), sind die dortigen Erwägungen nicht tragend. Auf die nachträglich durch die Schweiz erklärte Beschränkung kam es nicht mehr an, weil die verwendeten Unterlagen sich lediglich auf solchen Verfahrensstoff bezogen, in Bezug auf den bereits vor der entsprechenden Erklärung Teilrechtskraft eingetreten war (BGH, aaO, BGHSt 51, 202, 204 f. Rn. 9-12).

Aus den von den Revisionsführern behaupteten Mängeln der Anordnungsbeschlüsse der Bezirksgerichte Prag 4 und Prag 10 kann demnach ein Verwertungsverbot nicht abgeleitet werden. 41

(2) Im Zeitpunkt des Rechtshilfeersuchens der Staatsanwaltschaft Hamburg im Mai 2009 hätten auch die Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 Ziffer 1 CZergV EuRhÜbk für eine "Bestätigung" eines zuständigen deutschen Gerichts bestanden. Die in Art. 17 Abs. 5 des Übereinkommens verwendete Formulierung, die Absätze 1, 2 (...) und 4 "gelten entsprechend" ist nach ihrem Wortlaut im Hinblick auf das mit der entsprechenden Geltung Gemeinte zwar nicht völlig eindeutig. Die fragliche "Bestätigung" eines zuständigen Gerichts des ersuchenden Staates könnte bei entsprechender Anwendung von Abs. 2 Ziffer 1 des Übereinkommens eine Prüfung zur Grundlage haben, ob hinsichtlich der bereits überwachten Telekommunikation im ersuchten Staat (hypothetisch) im Zeitpunkt des Rechtshilfeersuchens im ersuchenden Staat eine Überwachung angeordnet werden könnte. Möglich ist aber auch die Auslegung der Vertragsklausel, dass nach dem inländischen Recht des das Ersuchen stellenden Staates (hypothetisch) die Voraussetzungen vorlägen, unter denen auf bereits vorhandene, aus Maßnahmen der Telekommunikation herrührende "Unterlagen" (Art. 17 Abs. 5 CZergV EuRhÜbk) für die Zwecke der Verfolgung - wie hier - in dem nunmehr geführten Strafverfahren zugegriffen werden darf. 42

Sinn und Zweck der Regelung in Art. 17 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 Ziffer 1 CZergV EuRhÜbk, die letztlich den rechtshilferechtlichen Umgang mit Zufallsfunden betrifft, sprechen für die zweite Auslegungsmöglichkeit. Denn aus dem Gesamtzusammenhang von Art. 17 des Übereinkommens ergibt sich, dass bei den besonders eingriffsintensiven Maßnahmen der Überwachung der Telekommunikation Rechtshilfe lediglich dann gewährt werden muss, wenn - auf der Grundlage der Hypothese eines reinen Inlandssachverhalts - die rechtshilferechtlich begehrte Maßnahmen nach dem Recht beider beteiligter Staaten rechtmäßig vorgenommen werden könnte. Art. 17 Abs. 5 CZergV EuRhÜbk regelt eine Konstellation, in der bereits in einem früheren Strafverfahren des ersuchten Staates gewonnene, aus Maßnahmen der Telekommunikation stammende Informationen in einem (anderen) Strafverfahren des ersuchenden Staates verwendet und ggf. zum Zwecke des Beweises verwertet werden sollen. Angesichts dessen ist bei der Auslegung des Übereinkommens für den Gegenstand der "gerichtlichen Bestätigung" nach Art. 17 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 Ziffer 1 CZergV EuRhÜbk darauf abzustellen, ob bei einem hypothetischen Inlandssachverhalt ("wenn eine Maßnahme ... durchzuführen wäre") eine Verwendung der in einem inländischen Strafverfahren gewonnenen Erkenntnisse in einem anderen, ebenfalls inländischen Strafverfahren hätte erfolgen dürfen. 43

Nach dem vorgenannten Maßstab hätte sich die das Rechtshilfeersuchen begleitende gerichtliche Bestätigung inhaltlich darauf zu beziehen gehabt, ob nach deutschem Strafverfahrensrecht die Voraussetzungen von § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO vorgelegen hätten. Diese auf dem Gedanken des sog. hypothetischen Ersatzeingriffs (vgl. BTDrucks. 16/5846 S. 66 rechte Spalte i.V.m. S. 64 rechte Spalte) beruhende Vorschrift regelt die Verwendung von in einem Katalogtaten betreffenden Strafverfahren rechtmäßig erhobenen personenbezogenen Daten, zu denen der Inhalt von Telekommunikation gehört (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2008 - 3 StR 342/08, BGHSt 53, 64, 67 Rn. 11), in einem anderen Strafverfahren. Hinsichtlich des Strafverfahrens, in dem die Verwertung der Daten erfolgen soll, handelt es sich damit um Zufallsfunde (BGH, aaO, BGHSt 53, 64, 67 Rn. 11). Da § 17 Abs. 5 CZergV EuRhÜbk gleichfalls rechtshilferechtliche Konstellationen von aus Telekommunikationsüberwachung gewonnenen Zufallsfunden betrifft, sind die inländischen Voraussetzungen ("gerichtliche Bestätigung") auf Herausgabe von entsprechenden Unterlagen daher anhand von § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO zu beurteilen. Im Rahmen des hier fraglichen Rechtshilfeersuchens wäre von dem zuständigen Ermittlungsrichter zu prüfen gewesen, ob bei einem Inlandssachverhalt eine Verwendung bereits gewonnener Informationen aus einer Telekommunikationsüberwachung gemäß § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO zulässig gewesen wäre. 44

Das ist zu bejahen. Im relevanten Zeitpunkt des Rechtshilfeersuchens hatte das gegen die Angeklagten geführte inländische Strafverfahren den Verdacht der Begehung banden- und gewerbsmäßigen Schmuggels (§ 373 AO) eine Katalogtat gemäß § 100a Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe b) StPO zum Gegenstand. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob bereits die Überwachung der Telekommunikation im Jahre 2007 nach deutschem Strafverfahrensrecht hätte angeordnet werden können. Nach ständiger Rechtsprechung ist bei sich im Verlaufe eines anhängigen Strafverfahrens ändernden strafprozessualen Vorschriften die neue Rechtslage maßgebend (BGH, Beschluss vom 19. Februar 1969 - 4 StR 357/68, BGHSt 22, 321, 325; BGH, Urteil vom 15. März 2001 - 5 StR 454/00, BGHSt 46, 310, 317 ff.; BGH, Urteil vom 27. November 2008 - 3 StR 342/08, BGHSt, 53, 64, 67 Rn. 13 mwN). Das gilt auch bei der Verwendung von aus einer früheren Telekommunikationsüberwachung gewonnenen, personenbezogenen Daten im Rahmen von § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO (BGH, Urteil vom 27. November 2008 - 3 StR 342/08, BGHSt 53, 64, 67 f. Rn. 45

13 mwN). In der Verwendung der aus einem anderen Strafprozess stammenden personenbezogenen Daten in dem anhängigen Verfahren und in deren Verwertung in der dieses abschließenden gerichtlichen Entscheidung liegt ein eigenständiger Eingriff in das Fernmeldegeheimnis (vgl. BVerfGE 100, 313, 391 f.; BVerfGE 109, 279, 375 f.; BGH, aaO, BGHSt 53, 64, 67 f. Rn. 13). Ob eine gesetzliche Grundlage für den in der Verwendung und Verwertung liegenden Eingriff besteht, kann lediglich nach der für den Verwendungs- bzw. Verwertungszeitpunkt geltenden Rechtslage beurteilt werden. In der hier vorliegenden Konstellation der rechthilferechtlichen Bestätigung nach Art. 17 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 Ziffer 1 CZergV EuRhÜbk ist damit auf den Zeitpunkt des Rechtshilfeersuchens abzustellen. Im Mai 2009 war - wie dargelegt - § 373 AO bereits eine Katalogtat gemäß § 100a Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe b) StPO. Die Revisionen dringen daher mit ihrem Vorbringen, der Verwertbarkeit jedenfalls der aufgrund des Anordnungsbeschlusses des Bezirksgerichts Prag 4 vom 13. November 2007 gewonnenen Telefonmitschnitte stehe entgegen, dass es sich zum Zeitpunkt der Anordnung bei dem banden- und gewerbsmäßigen Schmuggel (noch) nicht um eine Katalogtat nach § 100a StPO gehandelt habe, nicht durch.

Der Senat kann offen lassen, ob es der in § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO enthaltene Grundgedanke des (rechtsmäßigen) 46 hypothetischen Ersatzeingriffs gebietet, die sonstigen, über das Vorliegen einer Katalogtat hinausgehenden Anordnungsvoraussetzungen der einschlägigen Ermittlungsmaßnahme hypothetisch für das anhängige Verfahren und bezogen auf den Erkenntnisstand bei Verwendung bzw. Verwertung der bereits vorhandenen personenbezogenen Daten zu prüfen. Im maßgeblichen Zeitpunkt lagen diese ohnehin vor. Gegen die Angeklagten bestand bereits der Verdacht strafbarer Beteiligung an den Taten vom 16. November 2007 und 20. bzw. 25. März 2008. Bei dem Verdacht muss es sich weder um einen hinreichenden noch um einen dringenden Tatverdacht handeln (Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., § 100a Rn. 9 mwN). Angesichts des durch die vorherige Aufdeckung der Taten als solche bekannten Umfangs der Hinterziehung von Einfuhrabgaben waren diese auch im konkreten Fall als schwerwiegende Katalogtaten einzuordnen. Die Subsidiaritätsklausel wäre ebenfalls gewahrt gewesen. Die Ermittlung der konkreten Art der Beteiligung der Angeklagten an den beiden Schmuggeltaten wäre ohne die Erkenntnisse einer Telekommunikationsüberwachung wesentlich erschwert gewesen. Lediglich aufgrund des Inhalts der in den Tatzeiträumen zwischen den drei Angeklagten und weiteren tatbeteiligten Personen geführten Telekommunikation war zu ermitteln, dass die Organisation der Transporte der unverzollten Zigaretten zumindest seit deren Eintreffen im Hamburger Freihafen maßgeblich durch die Angeklagten erfolgte. Gleiches gilt für die Aufklärung der Verteilung und Erledigung der Aufgaben im Verhältnis der Angeklagten untereinander.

B.

Die Verfahrensrüge des Angeklagten R., mit der er die Verletzung von § 76 Abs. 2 GVG i.V.m. § 338 Ziffer 1 StPO rügt, 47 bleibt ebenfalls ohne Erfolg.

Die Revision ist mit dieser Rüge bereits ausgeschlossen. Wird die Besetzung des erkennenden Gerichts gerügt, 48 müssen gemäß § 222b Abs. 1 Satz 2 StPO die die vorschriftswidrige Besetzung begründenden Tatsachen angegeben werden. Zudem muss dargelegt werden, unter welchem rechtlichen Aspekt die Besetzung gerügt wird (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2006 - 2 StR 104/06, StraFo 2007, 59 f.). Dem genügte der erhobene Besetzungseinwand ersichtlich nicht. Im Übrigen wäre die Rüge auch unbegründet.

Die Strafkammer hat den ihr durch § 76 Abs. 2 Satz 1 GVG aF, die aufgrund der in § 41 Abs. 1 EGGVG getroffenen 49 Regelung maßgeblich ist, eröffneten Beurteilungsspielraum über die Mitwirkung eines dritten Richters nicht überschritten. Wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat, war die Sache in tatsächlicher Hinsicht bei lediglich zwei Einzeltaten, die drei Angeklagten zur Last gelegt wurden sowie einem Umfang von 15 Bänden Sachakten und Beiakten von knapp 1.800 Seiten nicht besonders umfangreich. Das beiden Taten zugrunde liegende tatsächliche Geschehen des Einschmuggelns von unverzollten Zigaretten in Containern war gerade nicht komplex, sondern einfach gelagert. Die tatsächliche Verhandlungsdauer von 21 Tagen war im Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses nicht absehbar. Die ursprünglich von der Strafkammer zugrunde gelegte Dauer von fünf Verhandlungstagen war trotz der die Tatvorwürfe bestreitenden Angeklagten angesichts der sonstigen Beweislage mit den deutschen und tschechischen Ermittlungsbeamten sowie den vorhandenen Telefonmitschnitten nicht geeignet, den Verzicht auf die Mitwirkung eines dritten Richters als objektiv willkürlich erscheinen zu lassen. Die mittlerweile durch den Gesetzgeber in § 76 Abs. 3 GVG in der seit 1. Januar 2012 geltenden Fassung vorgenommenen Wertungen über die Gründe für die Mitwirkung eines dritten Richters gelten für die hier maßgebliche frühere Rechtslage nicht.

Die Notwendigkeit, die Verwertbarkeit der von den tschechischen Strafverfolgungsbehörden gewonnenen 50 Telefonmitschnitte vor dem Hintergrund des Widerspruchs der Angeklagten gegen die Heranziehung beurteilen zu müssen, begründet keinen so hohen Grad an Komplexität der Strafsache in rechtlicher Hinsicht, der die Mitwirkung eines dritten Berufsrichters erforderlich gemacht hätte. Der Senat kann dabei offen lassen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Komplexität von Rechtsfragen nach § 76 Abs. 2 GVG die Mitwirkung eines dritten Richters

notwendig erscheinen lassen kann. Jedenfalls vorliegend bedurfte es angesichts der allein auf die Beurteilung der Verwertbarkeit eines bestimmten Typus von Beweismitteln, der Telefonmitschnitte der tschechischen Strafverfolgungsbehörden, begrenzten Rechtsfrage einer solchen Mitwirkung nicht. Das gilt erst recht, weil die Verwertbarkeit der entsprechenden Beweismittel im Rahmen der zahlreichen Haftentscheidungen bereits umfangreich durch die Strafkammer und das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg geprüft worden war.